

# **DIREITO DO TRABALHO E DIREITO DOS CONTRATOS: APONTAMENTOS RELEVANTES SOBRE A PARTE ESPECIAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL (LEI N. 10.406, DE 10.1.2002)**

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO (\*)

## **I. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho propõe examinar, sem maiores digressões, o ensejo e a forma de aplicação das normas dispostas pela Lei n. 10.406/2002 (*“Institui o Código Civil”*) ao Direito do Trabalho e, no geral, às relações sociais de trabalho — como também, indiretamente, ao próprio Direito Processual do Trabalho, por via reflexa. Como, todavia, não se pretende exaustivo, atém-se aos dispositivos da Parte Especial do Novo Código Civil (NCC), mais exatamente àqueles que, a partir do artigo 421, tratam “Dos Contratos em Geral”, no que convir e couber dizer.

Com esse propósito, o artigo parte da teoria geral dos contratos, tal como posta pela Lei n. 10.406/2002, para ali identificar princípios e institutos úteis aos operadores do Direito do Trabalho, com especial atenção para as novidades introduzidas pelo novo Código.

Futuramente, deveremos pinçar, entre os vários contratos típicos do Código Civil de 2002, aqueles mais contraditórios no âmbito do processo do trabalho (nomeadamente, a doação, a prestação de serviços, a empreitada, o mandato, a transação e o compromisso), comentando-os brevemente e analisando-os à luz do novo regramento legal.

Por ora, todavia, interessa destrinçar os aspectos mais relevantes da teoria geral. Passemos, pois, ao estudo da *lex nova*.

## **II. DOS CONTRATOS EM GERAL (TÍTULO V — ARTIGOS 421 A 480)**

No estudo das aplicações da teoria geral dos contratos ao Direito do Trabalho, é curial

---

(\*) Juiz do Trabalho (15ª Região — Campinas/SP), professor universitário (Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté) e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de monografias jurídicas (“Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia”, LTr, 2000; “Informática e Criminalidade”, Nacional de Direito, 2001; “Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho”, LTr, 2001). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras.

recordar, em caráter propedêutico, a *nota fundamental* insculpida no artigo 8º, parágrafo único, da CLT (que regeu a aplicabilidade do Direito Civil aos contratos de trabalho sob a égide do Código Civil de 1916 e continua a regê-la, agora sob o pálio do Código Civil de 2002): a **subsidiariedade**. Significa dizer que as normas de Direito Civil informam as relações de trabalho em **caráter subsidiário**, o que pressupõe o atendimento de duas *condições* de aferição estritamente hermenêutica, a saber: **1) a lacuna no sistema legal-trabalhista;** e **2) a compatibilidade** entre a norma de Direito Civil e os princípios retores do Direito do Trabalho (sintetizados em *quatro* entidades, na célebre partição de *Plá Rodriguez*<sup>(1)</sup>: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade e princípio da razoabilidade).

Dizer que essas duas condições têm aferição *estritamente hermenêutica* significa reconhecer que, na prática, a identificação de lacunas e o juízo de compatibilidade são tarefas que geralmente exigem especiais esforços do intérprete, não raro alimentados pela sua predisposição ideológica (no sentido de transigir ou não com a norma exógena) e pelos seus vínculos culturais. Às questões de aplicação subsidiária do Direito Civil geralmente não se impõe o axioma *in claris cessat interpretatio* — máxima refutada, ademais, pela moderna teoria jurídica, para a qual não há norma jurídica que prescindia de interpretação. É compreensível, portanto, que juristas de diversas linhagens partam dos mesmos pressupostos (*i. e.*, da mesma situação de fato e das mesmas fontes formais do direito) e concluam de modo diametralmente oposto, aqui pela aplicação subsidiária da norma civil e, ali, pela sua não-aplicação. É o que se tem visto, *e. g.*, no campo do processo (*ut* artigo 769 da CLT), após a edição da Lei n. 10.352, de 26.12.2001, que deu redação ao § 2º ao artigo 475 do CPC<sup>(2)</sup>: enquanto muitos recusam sua aplicação ao processo do trabalho, por entenderem não haver lacuna, outros pugnam pela aplicação, ao argumento de que a lacuna é óbvia<sup>(3)</sup>...

(1) Américo Plá Rodriguez, “Princípios de Direito do Trabalho”, trad. Wagner Giglio, 4ª tiragem, São Paulo, LTr, 1996, *passim*.

(2) “Não se aplica o disposto neste artigo [reexame necessário] sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.”

(3) Cf., *e. g.*, José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva (“A alteração nos arts. 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho”, in Revista LTr 66-12/1461-1468): “Nenhuma objeção séria pode haver quanto à subsidiariedade de tal norma no processo do trabalho, porquanto previstos os dois requisitos para tanto: a lacuna do Decreto-lei n. 779/69 e a perfeita compatibilidade com os princípios do referido processo (art. 769 da CLT)” (pág. 1463). Menos categórico, Manoel Antonio Teixeira Filho (“Código de Processo Civil — alterações: breves comentários às Leis ns. 10.352 e 10.358/2001”, in Revista LTr 66-03/263-276) observou que a primeira parte do § 2º do artigo 475 do CPC **poderia** ser aplicada ao processo do trabalho (pág. 264). E, em sentido contrário, Bruno Fernandes Albuquerque (A última reforma do Código de Processo Civil e a sua repercussão no processo do trabalho”, in Revista LTr 66-03/300-309): “Quanto à limitação em 60 (sessenta) salários imposta pelo parágrafo segundo do artigo 475 do CPC, haverá quem defenda a sua aplicação ao processo do trabalho [...]. Entretanto, entendemos que o legislador ao criar tal valor referencial para envio ou não ao tribunal *ad quem* da decisão contrária à Fazenda Pública, tornou disponíveis, **apenas para o processo civil**, as condenações iguais ou inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos. Isto porque a norma deve ser interpretada de forma restritiva, já que fere a regra constitucional da indisponibilidade dos recursos públicos e o princípio da legalidade na administração pública” (págs. 304-305 — *g. n.*). De nossa parte, acompanhamos esse último escólio (pela não-aplicabilidade): embora possa não ser a solução mais *útil* para a grande massa de jurisdicionados, é a mais *técnica* à mercê do sistema jurídico vigente, já que o Decreto-lei n. 779/69 regulou *inteiramente* os efeitos do processo do trabalho em relação aos entes da Administração Pública.

Na teoria geral dos contratos, não será diferente. Por isso, manda a cautela que iniciemos o estudo pelos aspectos menos movediços, à vista do que já prevalecia à luz do Código Civil de 1916.

## 2.1. Formação do contrato e autonomia de vontades

O artigo 421 do NCC estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato. Ao reconhecer, nesse sentido, uma *função* aos contratos em geral, o legislador repudia a idéia liberal de que todo acordo de vontades é válido, desde que reúna partes capazes em torno de um objeto lícito e determinado (ou determinável): a atividade de contratar não é *livre* desse modo, porque a ela se contrapõe a função social dos contratos, que o Estado resguarda como “*atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder*”<sup>(4)</sup>.

A função social do contrato determina, portanto, os *limites* da liberdade de contratar. Nessa ensanча, Nery Jr. e Andrade Nery reconhecem, no preceito (artigo 421 do NCC), três *cláusulas gerais* (*Generalklausen*) do direito dos contratos, ditas tais as “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas principalmente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”: a ***autonomia privada*** (= *liberdade de contratar*), o ***respeito à ordem pública*** e a ***função social do contrato***, que interagem entre si<sup>(5)</sup>.

A rigor, a *função social* do contrato — aquilo que, nos contratos, destina-se ao interesse alheio, com a nota da relevância global (caráter *publicístico*) e a natureza de poder-dever, sob regime homogêneo — é a de **propiciar circulação de riqueza**, transferindo-a de um patrimônio a outro<sup>(6)</sup>. No Direito do Trabalho, permite-se reconhecer, para além disso, as funções sociais de **distribuição de riqueza** (obstando, na ótica marxista, uma apropriação selvagem e desumana da mais-valia) e de **tutela da dignidade humana** (a relação de trabalho — de perfil contratual-institucional — surge no horizonte histórico como instrumento jurídico de salvaguarda mínima dos interesses econômicos e psicossomáticos do trabalhador, desaguando na dicção doutrinal do princípio da proteção), desempenhadas pelo *contrato de trabalho*, a teor dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e III, e 170 da CRFB/88.

---

(4) Cf., *mutatis mutandi*, Antonio Herman V. Benjamin, “Função Ambiental”, in “Dano Ambiental — Prevenção, Reparação e Repressão”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pág. 28.

(5) Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, págs. 06 (citando Franz Wieacker) e 180-181.

(6) *Idem*, pág. 181 (citando Enzo Roppo).

Reconhecer tais funções sociais, que são inerentes ao contrato de trabalho e admitem fácil cognição a partir da interpretação histórico-teleológica dos artigos 2º, 3º e 442, *caput*, da CLT (ou à mercê de interpretação sistemática que tome em consideração o artigo 5º do Decreto-lei n. 4.657/42 — Lei de Introdução ao Código Civil —, pelo qual a lei se aplica com vistas aos seus fins sociais e às exigências do bem comum), importa em carrear, para o juiz do Trabalho, o poder de **intervenção corretiva** nos contratos de trabalho, ajustando suas cláusulas, expressas e/ou tácitas, às suas funções sociais proeminentes<sup>(7)</sup>. Isso porque, “*como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa ‘função social’, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, 166, VI), porque a norma do CC, 421 é de ordem pública (CC, 2035, par. ún. ); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato*”<sup>(8)</sup>. No mesmo diapasão, o juiz do Trabalho também pode proclamar a inexistência de contrato de trabalho por falta de objeto, nas simulações concertadas para fraudar a Previdência Social, ainda se houver anotação em CTPS; do mesmo modo, pode declarar a nulidade do contrato de trabalho por violação à norma imperativa do artigo 37, II, da CRFB (limite de ordem pública), embora reconheça o direito aos salários — Enunciado n. 363 do C.TST — ou até a mais do que isso<sup>(9)</sup>. Pode, enfim, invalidar cláusulas contratuais que comprometam a função social do contrato de trabalho, ainda que *essenciais* àquele contrato — como se dá, amiúde, nos contratos de adesão de trabalhadores subordinados às cooperativas de mão-de-obra que mercadejam força de trabalho, nos quais as partes “concordam” tratar-se de vínculo cooperativo, sob o manto do artigo 442, parágrafo único, da CLT (mesmo porque, nesses casos, a aposição da cláusula tende a configurar simulação, dolo ou coação *in contrahendo*)<sup>(10)</sup>.

(7) Nesse sentido, reconhecendo o poder de intervenção corretiva do juiz do Trabalho no marco dos contratos individuais de trabalho, cf. Mozart Victor Russomano, “Princípios Gerais de Direito Sindical”, Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 232-233 (narrando caso em que, ainda juiz, apreciou reclamatória trabalhista na qual um vigia noturno reclamava a alteração das condições do contrato de trabalho, por sofrer de dores reumáticas e estar submetido ao frio e à umidade da noite, já que o empregador não construíra guarita).

(8) *Idem, ibidem* (g.n.).

(9) Cf., e. g., TRT/SP-15ª Reg., 12.797/96, Ac. SE 19.686/97, rel. Edison Laércio de Oliveira, in DOE 4.8.1997, pág. 128; TRT/CE-7ª Reg., REO 2.359/01, Ac. 3.259/01, rel. Laís Mira Rossas Freira, in DOJT 27.9.2001. Releva transcrever, desse último, a passagem seguinte: “(...) a nulidade, no entanto, tem efeitos *ex nunc*, face à teoria do contrato realidade, garantindo-se à obreira não somente os salários, mas os demais direitos trabalhistas (...)”. Pensamos, também nós, desse modo.

(10) Cf., por todos, TRT/SC-12ª Reg., RO-EV 02107-2001-003-12-00-5, Ac. 3ª T. 13889/02, 5.11.2002, rel. Gisele Pereira Alexandrino, in DJSC 11.12.2002, pág. 138 (reconhecendo vínculo empregatício entre o trabalhador e a cooperativa à qual aderiu, pois “inexiste a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o Município (art. 37, II, da CF)” — que, todavia, foi condenado a responder pelos créditos trabalhistas em caráter subsidiário). *Dolo*, no texto principal, tem a acepção civilista de *indução a erro*.

O artigo 421 do NCC dispõe, ainda, que a autonomia privada — que também é, por si mesma, emanção do princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB) — tem, na função social do contrato, não apenas um *limite*, mas também um **foco**: deve ser exercida **em razão** dessa última. Dão-se, aí, ensejo e parâmetro legal-positivo para a operação do *princípio da razoabilidade* no Direito do Trabalho, com maior precisão e segurança, relegando a planos secundários focos nebulosos como a “compreensão intuitiva da razoabilidade” (*Holmes*) ou a própria lógica cartesiana, estruturalmente impassível e aética<sup>(11)</sup>. A norma em comento privilegia, ao revés, a *lógica social* do contrato, compensando, com um critério sociológico (plástico, mas objetivo), a “certa dose de subjetividade” que informa o princípio<sup>(12)</sup>.

O preceito em questão também encerra utilidade para os supostos de Direito Coletivo do Trabalho. Mesmo nesse campo, a autonomia privada — dita *autonomia coletiva de vontades* — limita-se pelo respeito à ordem pública e pela função social do contrato. Esse entendimento franqueia a possibilidade de *anulação judicial* de cláusulas convencionais negociadas de modo abusivo ou sob situação de desequilíbrio, como contrapartida jurisdicional à ação de sindicatos fracos e “pelegos”, e sem violação direta à norma do artigo 7º, XXVI, da CRFB. Terá especial relevância ao ensejo da reforma do artigo 618 da CLT, caso consume-se como alvitrada pela pasta do Trabalho ao apagar das luzes do último governo, *i. e.*, com a malsinada “flexibilização” dos direitos trabalhistas, ressalvadas as disposições constitucionais e as normas de saúde e segurança do trabalho. É que, à luz do artigo 421 do NCC, serão nulas não apenas as cláusulas que desrespeitarem direitos trabalhistas constitucionais, lei complementar, legislação tributária, previdenciária e de FGTS, mas também aquelas em que a liberdade de contratar esteja comprometida ou seja exercida sem respeito à função social dos contratos coletivos, por *vício in contrahendo* (artigo 2.035, parágrafo único). Abre-se, pois, uma via adicional de tutela jurídica dos interesses coletivos, ao alcance da primeira instância — mesmo à mercê de um sistema legal-trabalhista “flexibilizado”.

---

(11) Cf. Américo Plá Rodríguez, *op. cit.*, pág. 251: “Reduzido (...) podemos dizer que o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão”. Adiante, exemplifica com a “racionalidade da subcontratação”: há genuíno contrato de trabalho autônomo se, do ponto de vista *racional*, justifica-se o trabalho autônomo pela índole da atividade encomendada. Confundem-se, em última instância, *razoabilidade* e *racionalidade* (em acepção cartesiana). Com a ótica ditada pelo artigo 421 do NCC c/c. artigo 8º, parágrafo único, da CLT, dir-se-á que a subcontratação deve se justificar não apenas pela **racionalidade econômica** do negócio, mas também pela **função social** desse contrato, em cuja razão e sob cujos limites deve ser exercida a liberdade de contratar.

(12) *Idem*, pág. 256.

## 2.2. Princípios da probidade e da boa-fé na conclusão e execução dos contratos

O artigo 422 do NCC estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. Comentando o preceito, *Nery Jr.* pondera que “*ao intérprete (...) incumbe a exegese do negócio jurídico em consonância com a principiologia do sistema*”<sup>(13)</sup>. Cumpre reconhecer, nesse passo, um **princípio de boa-fé subjetiva** (que equivale à *ineficácia da reserva mental* — artigo 110 do NCC), ao lado de um **princípio da boa-fé objetiva** (relativo às legítimas expectativas de direito engendradas pelas circunstâncias objetivas e incutidas no *bonus pater familiae*) e do próprio **princípio da aparência** (pelo qual a “aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais”<sup>(14)</sup>), ambos dimanados do artigo em comento.

No Direito do Trabalho, a utilidade desses princípios — os dois primeiros positivados e o último implícito à norma do artigo 422 — está na fiscalização judicial do modo de execução dos contratos coletivos (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho), tanto mais pronunciada se vingar a polêmica reforma do artigo 618 da CLT. Está, ainda, na base da solução de problemas específicos de direito individual do trabalho, como **1) a responsabilidade do futuro empregador pela promessa de contratar e/ou pelas cláusulas de pré-contrato de trabalho** (*princípio da boa-fé objetiva* — vide artigos 427<sup>(15)</sup> e 463 do NCC); e **2) a responsabilidade do empregador público pelos consectários de contrato de trabalho nulo (CF, artigo 37, § 2º), em casos de cooptação do trabalhador de boa-fé mediante contrato aparentemente válido e eficaz** (*princípio da aparência* — cf., *supra*, nota n. 9).

Aplicando o princípio da boa-fé objetiva em circunstâncias semelhantes (relação de assimetria contratual estabelecida com hipossuficiente econômico), o Superior Tribunal de Justiça houve por bem garantir a um mutuário, constrito por dívida com instituição bancária, a suspensão da execução judicial do crédito, por ter o réu se apresentado espontaneamente para o acerto de contas, fiando-se em compromisso público assumido pelo então ministro da Fazenda mediante “memorando de entendimento” (que prometia aquela suspensão, desde que houvesse apresentação espontânea do devedor e atendimento às condições mí-

---

(13) *Op. cit.*, pág. 422.

(14) *Vicente Ráo*, “Ato Jurídico”, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 210.

(15) “*A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”. Correspondência: artigo 1.080 do Código Civil de 1916.

nimas dispostas no texto), a que se deu ampla publicidade. Para assim decidir, o relator baseou-se no valor jurídico da *justa expectativa*, em vista do imperativo social de *lealdade* (= *probidade*) e do *princípio da boa-fé objetiva*, expressamente referido na ementa (STJ, 4ª T., RMS 6183, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., j. 14.11.1995<sup>(16)</sup>).

### 2.3. Cláusulas leoninas

O Código Civil de 2002 contempla a regra de que, “*nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*” (g. n.). O preceito empresta positividade à vedação de certa modalidade de cláusula leonina muito comum no dia-a-dia (sem prejuízo da possibilidade de intervenção judicial corretiva em contratos informados por pactos leoninos de diversa espécie, seja por conta das cláusulas gerais e dos princípios acima reportados — função social do contrato, ordem pública, probidade, boa-fé objetiva —, seja ainda em virtude da própria natureza sinalagmática dos contratos em geral).

No Direito do Trabalho, identificam-se concretamente três casos-tipos em que a utilidade da norma civil acima transcrita é realçada. A uma, serve para a declaração *in limine litis* da nulidade de *cláusulas limitativas de responsabilidades* nos contratos de trabalho (e. g., as renúncias prévias à dação de aviso prévio ou a indenizações por danos morais e/ou materiais); pode-se chegar à mesma solução, todavia, aplicando o clássico princípio da irrenunciabilidade ou o próprio artigo 9º da CLT. Serve, a duas, para a declaração *in limine litis* (*i. e.*, independentemente de instrução processual) da nulidade de cláusulas de contratos-formulários que, na prestação de serviços, excluem “*ab ovo*” a formação de vínculo de emprego (e. g., contratos de adesão a sociedades cooperativas, contratos de representação, contratos de empreitada e outras modalidades que usualmente “mascaram” autênticas relações empregatícias) — e, nesses casos, a tese da irrenunciabilidade e da elisão de direitos nem sempre se acomoda, porque são usuais os argumentos de que, eximindo-se de encargos sociais, o trabalho “autônomo” era mais vantajoso ao trabalhador (enquanto as idéias de *renúncia* e *elisão* pressupõem, em tese e princípio, o *prejuízo*). Por outro lado, aplicando a regra em comento, o juiz do Trabalho basta-se na convicção de que o direito renunciado é *inerente* à natureza do negócio, sem cogitar da sua vantagem ou desvantagem para o trabalhador (cogitação que, não raro, exigiria a perícia contábil, dando azo a requerimentos que já se vêem formulados em processos desse jaez).

---

(16) *Apud Nery Jr., op. cit.*, pág. 181.

No mesmo diapasão, o C. STJ já decidiu que “*somente nos casos ressalvados ou autorizados por lei se mostra admissível a limitação da responsabilidade*” (STJ, 4ª T., REsp 83.717-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 12.12.1996<sup>(17)</sup>) — hipótese do artigo 462, §1º, da CLT (possibilidade legal de *extensão contratual* da responsabilidade do empregado nos danos culposos, com prejuízo da intangibilidade salarial).

## 2.4. Contratos atípicos: legalidade geral

O Código Civil de 2002 estabelece, ainda, um *padrão geral de legalidade* que referenda o prestígio liberal à autonomia privada — e, nesse passo, reconhece validade apriorística a todos os contratos *atípicos*. Contratos atípicos são aqueles que não encontram subsunção estrita nas modalidades legalmente dispostas, ou que reúnem, em figura híbrida, características essenciais de dois ou mais contratos típicos (*rectius*: legalmente descritos).

Essa regra de legalidade geral deve ganhar relevância no exercício da judicatura trabalhista, mormente se a Justiça do Trabalho for contemplada, nas reformas constitucionais que se anunciam (sob a inodora rubrica de “Reforma do Judiciário”), com a competência material para processar e julgar litígios decorrentes de *qualquer relação de trabalho* (aí incluído o trabalho subordinado — empregados e avulsos — e o trabalho não-subordinado, eventual e voluntário).

É que não são desconhecidas do mundo do trabalho hipóteses de contratos de trabalho (*lato sensu*) genuinamente **híbridos** ou genericamente **atípicos**. Na Itália, conhece-se a figura da **parassubordinação**<sup>(18)</sup>, em que há um vínculo contínuo de *colaboração* sem estrita subordinação (cf. *legge* n. 2.049/99), com estatuto jurídico misto. É o caso, *e. g.*, do chamado “teletrabalho”, a cujo respeito já polemiza a doutrina nacional. No Brasil, merece referência a Lei n. 4.886/56, que chega a *positivar* o hibridismo, estendendo ao representante comercial autônomo figuras típicas da relação de emprego (pré-aviso, indenização por denúncia vazia do contrato, justo motivo para rescisão pelo representado e pelo representante etc. — cf. artigos 34 a 36).

Agora, com o novo estatuto civil e a sua aplicação subsidiária às relações de trabalho, caberá ao intérprete — e muito especialmente ao juiz do Trabalho, caso estendida a sua competência material para os conflitos de trabalho em geral — *reconhecer, por princípio, a*

---

(17) *Idem*, pág. 182.

(18) Amauri Mascaro Nascimento, “Conferência de Abertura”, in 10º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, LTr, 16.4.2002.



*liberdade das partes em firmarem contratos de trabalho* (lato sensu) *atípicos*, com estatutos jurídicos híbridos ou particulares. A validade desses contratos, bem como das cláusulas que os compõem, haverá de ser refutada apenas em caso de vícios sociais (fraude, simulação) ou de consentimento (erro, dolo, coação), cuja prova incumbe à parte interessada (artigo 9º c/c. art. 818 da CLT).

Por outro lado, haverá casos em que as próprias *circunstâncias* do trabalho são indicárias da essencialidade dos direitos trabalhistas consolidados (assim, *e. g.*, em todas as hipóteses de *marchandage* de trabalho subordinado). Nesses casos, a regra geral de legalidade dos contratos atípicos não resiste à principiologia peculiar do Direito do Trabalho (notadamente os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade), de modo que, sob tais circunstâncias, impõe-se *inverter* o ônus da prova, exigindo da parte reclamada a prova da licitude do regime híbrido ou atípico. Conforme a hipótese, as cláusulas atípicas insinuarão renúncia antecipada de direitos inerentes à natureza da relação jurídica, reclamando a aplicação da norma examinada no tópico 2.3 (*supra*).

## **2.5. Fato de terceiro e contrato preliminar de trabalho**

O artigo 440 do NCC dispõe que “*nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à obrigação*”. O preceito não tem correspondência no Código Civil de 1916. Dele decorre que, se houver compromisso expresso ou tácito de terceiro para com o objeto da promessa, o *ato mesmo de se obrigar*, dimanado pelo terceiro, redimensiona os vínculos obrigacionais, carreando-lhe a responsabilidade integral por eventuais inadimplementos.

*A contrario*, se o terceiro não se obrigar, a responsabilidade integral pela promessa de obrigação de terceiro circunscreve-se à esfera jurídica do promitente, *ut* artigo 439, *caput*, do NCC.

No âmbito das relações de trabalho, a aplicação subsidiária desta norma é útil na medida em que enseja a *partição das responsabilidades ínsitas às promessas de contratação por terceiros*. Problemas dessa ordem apresentam-se, com certa frequência, nos expedientes de cooptação das agências de emprego — sobretudo quando a cooptação revela-se fraudulenta. Com efeito, algumas empresas não se limitam a agenciar o trabalhador desempregado, oferecendo-lhe, mediante pagamento, cursos e métodos para reciclagem e aperfeiçoamento, sob o pretexto de facilitar o seu acesso ao mercado de trabalho. Sempre há nesse expediente, em alguma medida, o chamado *dolus bonus*. Quando essas ofertas

tornam-se *condição* alegada para o emprego, aliando-se à promessa ou garantia do próprio emprego e à *identificação precisa* do futuro empregador (terceiro), configura-se o **dolo** (= *indução a erro*), se não houve a adesão do terceiro ao objeto da promessa. Adiante, frustrado o objeto, assiste ao cliente o direito de *ressarcir-se* por perdas e danos, na forma dos artigos 128 e 439 do NCC.

A competência material para o processo e julgamento desse litígio, que versa sobre responsabilidade civil contratual, é afeta à Justiça comum, nos termos do artigo 114, *caput*, da CRFB/88 (desde que a promessa não assuma foros de *pré-contrato de trabalho*, com as especificidades do artigo 462<sup>(19)</sup> do NCC). Se, todavia, a promessa do fato de terceiro congrega todos os elementos típicos essenciais do contrato definitivo (*i. e.*, do contrato de trabalho *stricto sensu*), houve **contrato preliminar (pré-contrato) de trabalho**, o que desloca a competência para a Justiça do Trabalho. Isso porque se entende, em boa doutrina, que a Justiça do Trabalho é competente para dirimir os dissídios entre trabalhadores e empregadores, em estado *atual* (contrato definitivo) ou *potencial* (contrato preliminar). É o que deflui do magistério de *Wilson de Souza Campos Batalha*<sup>(20)</sup> (com fundamento em *Ernesto Krotoschin*), das lições de *Délio Maranhão*<sup>(21)</sup> e, mais recentemente, de aresto do C. Tribunal Superior do Trabalho em que se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de danos morais fundada em pré-contrato de trabalho.

Firmado o pré-contrato de trabalho — que, em face do artigo 442, *caput*, da CLT, poderá ser *escrito* ou *verbal* — “*qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do [contrato] definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive*”, na dicção do Código Civil de 2002. Se o estipulante — empresa ou trabalhador — não der execução ao contrato preliminar, “*poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos*”. Já era esse, como dito, o escólio de *Délio Maranhão*, quando discorria sobre o **interesse contratual negativo** no Direito do Trabalho<sup>(22)</sup>:

*“Assim é que, se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e*

---

(19) “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”. No contrato de emprego, são requisitos essenciais a **função**, o **salário**, o **regime jurídico** e — discute-se — **jornada**.

(20) “Tratado de Direito Judiciário do Trabalho”, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1985, pág. 233.

(21) *Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna, João de Lima Teixeira Filho*, “Instituições de Direito do Trabalho”, vol. I, 16ª ed., São Paulo, LTr, 1997, págs. 247-248. *In verbis*: “Consideramos perfeitamente cabível uma ação desta natureza na Justiça do Trabalho, em face do art. 114 da Constituição, que fala em ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’. Dir-se-á que essa relação não chegou a se completar. Mas o dano se apura, na hipótese, em função de sua **previsível formação e a culpa ocorre na fase preliminar de um contrato de trabalho** [culpa in contrahendo]: a controvérsia se origina, pois, de uma relação de trabalho, embora no nascedouro”. Contra, *João Orestes Dalazen* (“Competência Material Trabalhista”, São Paulo, LTr, 1994, págs. 105-106) e *Antônio Lamarca* (“O Livro da Competência”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pág. 118).

(22) *Idem*, pág. 247.

*razoável (culpa in contrahendo), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (interesse contratual negativo), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos [danos emergentes], ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa [lucros cessantes].”*

O tema em discussão converge, ainda, para a questão dos *limites da autonomia privada nos pré-contratos de trabalho*, sob o pálio do **princípio da dignidade humana** (especialmente no que concerne à tutela jurídica da **intimidade**) e à luz do disposto no artigo 421 do NCC. O pensamento jurídico universal tende a resguardar a privacidade e a intimidade dos indivíduos no bojo dos contratos e, com mesma razão, também nas relações pré-contratuais. Assim, p. ex., entende-se que os contratos de trabalho em geral não se admitem as revistas íntimas de rotina, senão em caráter excepcional (quando o empregador tem fundadas razões para crer na improbidade do empregado) ou periodicamente, se o exigir a atividade econômica, por sua especificidade (*e. g.*, empresas de guarda e administração de bens e valores). No mesmo sentido, privilegiando o direito à intimidade (mas agora no campo do pré-contrato de trabalho), a doutrina espanhola chega ao ponto de censurar — talvez com certo exagero — a própria investigação grafológica a que se submete o futuro empregado. Grafologia, nessa acepção, é o método de aferição de tendências e traços de personalidade por meio do exame dos elementos gráficos recorrentes na caligrafia do examinando; normalmente, é com essa intenção — descobrir aspectos da personalidade do candidato — que as empresas compelem entrevistados a redigir suas solicitações de trabalho de forma manuscrita. Sobre isso, aliás, releva transcrever a notícia de *Alice Monteiro de Barros*<sup>(23)</sup>:

*“Sustenta a doutrina espanhola que esse critério [avaliação grafológica] comporta um conhecimento profundo da personalidade e, contrariamente a outros testes, **não torna possível isolar individualmente certos traços, sem conhecer o restante**, logo, não permite analisar apenas os que estão em conexão direta com o cargo a ser ocupado; a grafologia implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida da aquiescência do candidato. ‘É que mesmo a autonomia da vontade deverá operar nos limites da lei,*

---

(23) Cf. *Alice Monteiro de Barros*, “Proteção à Intimidade do Empregado”, São Paulo, LTr, 1997, pág. 62 (citando textualmente *José Luís Goñi Sein*, na obra “*El respeto a la esfera privada del trabajador; un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*” — g. n.).

*da moral e da ordem pública. E não há dúvida de que prestar um consentimento para realizar uma prova grafológica significa bem mais que um parcial desprendimento de alguma das faculdades do direito à intimidade; é renunciar à liberdade do íntimo, o que resulta contrário à moral e à ordem pública.”*

O problema está a merecer, no Brasil, maiores debates em sede doutrinária. Na jurisprudência, pouco ou nada se vê a esse propósito, mesmo porque a avaliação grafológica ainda não foi seriamente incorporada pela comunidade científica nacional. De todo modo, a casuística inexpressiva indica que, até o momento, o trabalhador brasileiro mediano não tem reconhecido, nos testes grafológicos, qualquer sorte de violação aos seus direitos constitucionais de privacidade e intimidade. Mas é curial reconhecer, na mesma ensanча, que o exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar (e de pré-contratar) não pode desbordar dos limites da dignidade humana, com todos os seus desdobramentos, segundo os padrões culturais vigentes no país.

Ainda no marco da dignidade humana, e finalizando o exame do pré-contrato de trabalho à luz do CC de 2002, convém observar que os artigos 464 e 467 do NCC são inaplicáveis às relações de emprego.

O primeiro é inaplicável porque a *adjudicação compulsória* do contrato de trabalho, se imposta ao trabalhador, violaria frontalmente a liberdade constitucional do trabalho e, por consequência, o próprio princípio da dignidade humana (por ser o trabalho, afinal, uma extensão/projeção da personalidade do trabalhador, indissociável da pessoa espiritual); se imposta ao empregador, por outro lado, representaria uma constrição indevida ao direito de propriedade (tanto mais no Brasil, em que o empregador detém o *direito potestativo* de dispensar seu empregado) e uma violação oblíqua ao princípio da livre iniciativa, além de engendrar situações insustentáveis no imo da unidade produtiva.

O segundo (artigo 467 do NCC) trata do *contrato com pessoa a declarar*, sendo inaplicável às relações de emprego em vista do artigo 3º, *caput*, da CLT: a modalidade não transige com o pressuposto da **peçoalidade**, ínsito à relação de emprego. Tem aplicação, todavia, às relações de trabalho (*lato sensu*) que não exigem peçoalidade, como no trabalho eventual.

Em relação ao artigo 467, *Edilton Meireles* sustenta que “essa hipótese poderá ocorrer (...) quando o empregador, na conclusão do contrato, reserva-se na faculdade de indicar outra empresa que assumirá os direitos e obrigações decorrentes do contrato, especialmente

se do mesmo grupo econômico ”<sup>(24)</sup>. Pensamos, porém, que a responsabilidade patrimonial do empregador (“*Haftung*”) é **intransferível**, de maneira que um pacto dessa natureza feriria a ordem pública, encontrando óbice no artigo 421 do NCC. Tenha-se em conta que a responsabilidade pessoal do empregador é *inerente à natureza do contrato de trabalho*, de modo que a cláusula de transferência é leonina e, por conseguinte, nula de pleno direito, tanto mais quando se trata de contrato-formulário (*supra*, tópico 2.3). Aliás, na hipótese de grupo econômico (alvitada por *Meireles*), a responsabilidade distribui-se solidariamente *ope legis*, consoante artigo 2º, § 2º, da CLT, que encerra norma de ordem pública, inalterável por convenção das partes (artigo 2.035, parágrafo único, do NCC). Infactível, enfim, a **cessão de dívida trabalhista** (de uma empresa a outra), ante o *princípio da proteção* que rege as relações de emprego (regra da condição mais benéfica), sempre que essa cessão configurar obstáculo à realização do crédito — como de regra ocorre. Mas a recíproca, como se sabe, não é verdadeira: a jurisprudência pátria tem admitido, no interesse do empregado, a **cessão do crédito trabalhista** (“*não podendo, porém, ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo como é um negócio jurídico entre empregado e terceiro, que não se coloca em qualquer dos pólos da relação processual trabalhista*” — Provimento TST/CGJT n. 06, de 19.2.2000).

Admitindo-se, todavia, a cessão de débito e/ou o contrato com pessoa a declarar no âmbito das relações de emprego — como quer *Meireles* —, convirá atentar para o teor do artigo 470 do NCC (caso o empregador não aponte, desde logo, quem assume as obrigações trabalhistas): *a nomeação e/ou cessão será ineficaz*, se **a)** não houver a indicação da pessoa em tempo razoável; se **b)** o nomeado ou cessionário se recusar a aceitá-la; ou, ainda, se **c)** a pessoa nomeada ou o cessionário era insolvente e o credor desconhecia essa situação no momento da indicação. Outra hipótese de ineficácia dar-se-á quando a aceitação não se reveste da forma que as partes usaram para o contrato originário (assim, *e. g.*, se o contrato de trabalho for firmado por instrumento público), *ut* artigo 468, parágrafo único, do NCC. Em todos esses casos, “*fica sem efeito a cláusula de reserva de nomeação [ou a cláusula de cessão], mantendo-se no contrato as mesmas partes*”<sup>(25)</sup>.

## 2.6. Resolução do contrato de trabalho por onerosidade excessiva

Para *contratos de execução continuada* (como é o contrato de trabalho) ou diferida, o Código Civil de 2002 estabelece que “*se a prestação de uma das partes se tornar exces-*

(24) Edilton Meireles, “O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2002, pág. 92.

(25) Nery Jr., *op. cit.*, págs. 191-192.

*sivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*”. O preceito operacionaliza a aplicação da *teoria da imprevisão* aos contratos, reconhecendo uma cláusula *rebus sic stantibus* implícita e inerente a todo e qualquer contrato.

No Direito do Trabalho, essa norma civil poderá ter utilidade em contextos de hiperinflação ou de desvalorização abrupta da moeda, quando a corrosão do poder de compra dos salários se tornar insuportável para o trabalhador, sem contrapartida razoável por parte do empregador. A hipótese poderá ensejar, sob tais circunstâncias, o ajuizamento de ação judicial postulando a *resolução* do contrato (diversa, portanto, da *resilição*), que se fará por iniciativa do empregado, “*sem que com isso seja obrigado a dar aviso prévio*”<sup>(26)</sup>. Legislação brasileira dos anos de chumbo prevê, aliás, ensejo semelhante para o empregador, facultando-lhe exercer judicialmente o direito de reduzir salários, quando as despesas correspondentes comprometerem a continuidade da atividade econômica (não-recepcionada pela CRFB/88, em vista do que dispõe o seu artigo 7º sobre a irredutibilidade de salários e a via única de flexibilização negociada na instância sindical). É justo que, agora, se reconheça o direito reverso ao trabalhador brasileiro, por conta da nova legislação civil, de aplicação subsidiária às relações de emprego.

Os efeitos da resolução, segundo pensamos, não serão os mesmos da *resilição* unilateral do empregador ou da rescisão indireta (artigo 483 da CLT), vez que **a)** a iniciativa não coube ao empregador; e **b)** o fato não é, em tese, imputável ao empregador (se o fosse, tratar-se-ia de rescisão indireta e não de resolução). Assim, *pagam-se apenas os títulos proporcionais* (férias + 1/3 e décimo terceiro salário), sem desconto de aviso prévio (artigo 487, § 2º, da CLT) e com movimentação do FGTS (artigo 20, I, da Lei n. 8.036/90 — *força maior*).

Outro emprego para essa norma — indiscutivelmente polêmico — surgirá ao se evocá-la para *reajustar cláusulas de termos de conciliação* lavrados na Justiça do Trabalho, dada a sua natureza jurídica contratual (*negócio jurídico processual*). Imagine-se, e. g., um acordo homologado com parcelas a perder de vista, sem indexação, surpreendido por aguda crise cambial, que faça disparar os índices de inflação. Admitir a tese da resolução significará reconhecer uma cláusula resolutiva tácita implícita a todo termo de conciliação,

---

(26) Meireles, *op. cit.*, pág. 94.

além da própria natureza *rebus sic stantibus* do termo lavrado, cujo efeito de coisa julgada dobrar-se-ia ante o contexto de onerosidade excessiva (conquanto valha, no mais, “*como decisão irrecorrível*”, com caráter de título executivo judicial: artigos 831, parágrafo único, e 876, *caput*, da CLT). Não admiti-la significará, por outro lado, carrear ao trabalhador, no âmbito do seu litígio, o ônus integral pelo fracasso das políticas econômicas praticadas. Ante semelhante dilema, melhor será optar pela *segurança jurídica*, preservando a força do julgado que recobre o negócio jurídico processual, a despeito da alteração abrupta e imprevisível da situação de fato.

Sempre que se reclama a resolução do contrato por onerosidade excessiva, é dado ao réu *oferecer a modificação eqüitativa das condições do contrato*, nos termos do artigo 479 do NCC. Nos exemplos acima, caberia fazê-lo mediante proposta de cláusula de indexação monetária, compensando a corrosão inflacionária. Aceita a proposta pela parte reclamante, extingue-se o feito com julgamento de mérito (transação — artigo 269, III, do CPC). Não aceita, caberá ao juiz decidir, em sentença, se a modificação proposta seria ou não eqüitativa. Em caso negativo, decretará a resolução do contrato, ditando os seus efeitos. Em caso positivo, preservará o contrato de trabalho, prestigiando o *princípio da continuidade* e conferindo força judicial à proposta do réu, para agregá-la ao contrato, com efeitos retroativos à citação (exegese do artigo 478, *in fine*, do NCC). Em face dessa derradeira possibilidade, é forçoso reconhecer, em toda ação de resolução contratual por onerosidade excessiva, *pedido implícito* de adequação eqüitativa das condições contratuais, sob pena de confrontar, sempre, os limites do artigo 293 do CPC. Fosse de outro modo, estaria legalmente oportunizada a litigância de má-fé: o réu proporia modificações expressivas na contestação, sem qualquer compromisso sincero, apenas para ver a ação julgada improcedente.

A hipótese do artigo 480 do NCC é própria dos *contratos unilaterais* e/ou *gratuitos* (e.g., depósito, comodato etc.), não se aplicando ao Direito do Trabalho, em que os contratos são, por excelência, *bilaterais* e *comutativos*.

## **2.7. Distrato e resilição**

O artigo 473 do NCC alude ao instituto do *distrato*. No Código Civil de 2002, essa expressão é utilizada na acepção geral de *dissolução* do contrato. Não está empregada, portanto, com acepção estrita, própria de “*quando são as duas partes que querem paralisar os efeitos do contrato*”, hipótese em que “*celebram outro contrato para dissolver o*

*que os vincula. Pelo contrarius consensus aniquilam o vínculo, impedindo que continue a produzir efeitos. A esse contrato extintivo denomina-se distrato ou distrate. Trata-se de forma ou modo de dissolução, admissível no contrato de trabalho, que, entretanto, não é freqüente (...)”*<sup>(27)</sup>. Mas é claro que essa figura encontra amparo na própria sistemática da “*lex nova*” — sendo que, a teor do artigo 472 do NCC, o distrato deve ser feito pela mesma forma exigida para o contrato (cf. artigo 1.093 do Código Civil de 1916).

Por outro lado, o Código Civil de 2002 consagra, no âmbito do Direito Civil, a expressão “RESILIÇÃO”, que fora incorporada e difundida no meio jurídico pelo Direito do Trabalho, para significar as hipóteses de denúncia vazia do contrato de trabalho (pelo empregador — *dispensa* — ou pelo empregado — *demissão stricto sensu*). A referência está no artigo 473 do NCC, entendendo-se ali, como resilição, a *denúncia vazia do contrato por iniciativa de uma das partes (= unilateral)*. Adotou-se, portanto, a acepção talhada pelos juslaboralistas (e, menos significativamente, pelos juscivilistas que, para tanto, se abeberavam na doutrina estrangeira). A resilição opera efeitos mediante denúncia notificada à outra parte (artigo 473, *caput*, do NCC), que nos contratos do trabalho tem disciplina própria (artigos 487 a 491 da CLT).

Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos *depois de transcorrido o prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*, nos termos do artigo 473, parágrafo único, do NCC. Essa regra aplicar-se-ia ao Direito do Trabalho em casos como o do empregado que “*ingressa em curso de aperfeiçoamento, readaptação ou treinamento etc., buscando melhor preparo para exercício das tarefas exigidas pelo empregador. Vindo a ser despedido sem justa causa antes mesmo de poder recuperar o auto-investimento (...), poder-se-ia assegurar ao trabalhador a prorrogação do contrato por ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’*”<sup>(28)</sup>. O exemplo do autor é encontrado no ramo de segurança privada (cursos de vigilantes). *Meireles* exemplifica, ainda, com o empregado que adquire veículo para ser contratado (*e. g., motoboy*), ou que realiza despesas de mudança e transporte para poder assumir emprego em local distante de sua residência, e logo é demitido. Sugere, enfim, que se aplique o mesmo princípio no caso de o empregador *investir* no empregado, financiando cursos (inclusive no exterior).

De nossa parte, cremos indevida qualquer prorrogação do contrato contra a vontade

---

(27) Orlando Gomes, Elson Gottschalk, “Curso de Direito do Trabalho”, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 357.

(28) *Meireles, op. cit.*, pág. 93.



das partes, vez que poderia significar, para a generalidade dos empregados de *staff*, odiosa restrição à liberdade de trabalho, estendendo-lhes por via oblíqua algo como o famigerado “passe” dos atletas de futebol, felizmente extinto. Essa ingerência da lei civil em matéria trabalhista violaria princípios constitucionais (da dignidade humana e da liberdade de trabalho, *ut* CF, 1º, III, e 5º, XIII, no caso do empregado; da livre iniciativa e da propriedade privada, *ut* CF, 170, *caput* e I, no caso do empregador). Valem, no mais, os mesmos argumentos acima expendidos a propósito do artigo 464 do NCC.

### III. CONCLUSÃO

Das considerações até aqui registradas, podem-se inferir, como ilações principais, as seguintes.

1. As normas de Direito Civil informam as relações de trabalho em caráter subsidiário, o que pressupõe o atendimento de duas *condições* de aferição estritamente hermenêutica, a saber, a lacuna no sistema legal-trabalhista, e a compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios retores do Direito do Trabalho (sintetizados em quatro entidades: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade e princípio da razoabilidade).

2. Há três cláusulas gerais do direito dos contratos que regulam a interação jurídica: a autonomia privada, o respeito à ordem pública e a função social do contrato. Também nos contratos de trabalho, a função social do contrato determina os limites da liberdade de contratar, no âmbito individual e coletivo. Trata-se de um marco positivo para a operacionalização do princípio da razoabilidade, entendendo-se como função social de todo contrato a de propiciar circulação de riqueza, enquanto as funções sociais específicas do contrato de trabalho são as de distribuir riqueza (obstando, na ótica marxista, uma apropriação selvagem e desumana da mais-valia) e tutelar a dignidade humana.

3. Os princípios da probidade e da boa-fé (artigo 422 do NCC) servem, no Direito do Trabalho, à fiscalização judicial do modo de execução dos contratos coletivos, tanto mais se vingar a polêmica reforma do artigo 618 da CLT; servem também à fiscalização e solução de problemas específicos de direito individual do trabalho, como a questão da responsabilidade do futuro empregador pela promessa de contratar e/ou pelas cláusulas de pré-contrato de trabalho (princípio da boa-fé objetiva) e a questão da responsabilidade do empregador público pelos consectários de contrato de trabalho nulo (CF, artigo 37, § 2º),

em casos de cooptação do trabalhador de boa-fé mediante contrato aparentemente válido e eficaz (princípio da aparência).

4. O exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar (e de pré-contratar) não pode desbordar dos limites da dignidade humana, com todos os seus desdobramentos, segundo os padrões culturais vigentes no país.

5. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, em ato (contrato de trabalho definitivo) ou potência (contrato preliminar de trabalho). Essa competência estende-se às promessas de contrato de terceiro, na forma dos artigos 439-440 do NCC, se estiverem delineados todos os elementos essenciais que constituiriam o contrato de trabalho definitivo.

6. No marco do princípio da dignidade humana, é mister reputar inaplicáveis às relações de emprego os artigos 464 e 467 do NCC.

7. O Código Civil de 2002 prevê ação judicial para resolução do contrato por excessiva onerosidade. O preceito ganha relevância, no Direito do Trabalho, em contextos de hiperinflação ou de desvalorização abrupta da moeda, quando a corrosão do poder de compra dos salários se tornar insuportável para o trabalhador, sem contrapartida razoável por parte do empregador. Admite-se, a teor da *lex nova*, que o réu (empregador) ofereça a modificação eqüitativa das condições do contrato (como, *e. g.*, cláusula de indexação monetária).

8. É dever histórico dos operadores do Direito do Trabalho, e especialmente dos juízes do Trabalho, implementar a aplicação subsidiária das normas compatíveis do Código Civil de 2002, naquilo que for omissa a legislação trabalhista — tendo em conta, sempre, a justiça material e o disposto no artigo 5º da LICC, mas com vistas à modernização oblíqua do vetusto arcabouço legislativo que regula, no Brasil, as relações de trabalho.

#### **IV. BIBLIOGRAFIA**

*Albuquerque, Bruno Fernandes.* “A última reforma do Código de Processo Civil e a sua repercussão no processo do trabalho”, *in* Revista LTr 66-03/300-309.

*Barros, Alice Monteiro de.* “Proteção à Intimidade do Empregado”, São Paulo, LTr, 1997.

*Batalha, Wilson de Souza Campos.* “Tratado de Direito Judiciário do Trabalho”, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1985.

- Benjamin, Antonio Herman V.* Função Ambiental, in “Dano Ambiental — Prevenção, Reparação e Repressão”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- Dalazen, João Orestes.* “Competência Material Trabalhista”, São Paulo, LTr, 1994.
- Gomes, Orlando. Gottschalk, Élson.* “Curso de Direito do Trabalho”, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- Lamarca, Antônio.* “O Livro da Competência”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- Meireles, Edilton.* “O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2002.
- Nascimento, Amauri Mascaro.* “Conferência de Abertura”, in 10º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 16.4.2002.
- Nery Junior, Nelson. Andrade Nery, Rosa Maria de.* “Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- Oliveira Silva, José Antonio Ribeiro de.* “A alteração nos arts. 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho”, in Revista LTr 66-12/1461-1468.
- Ráo, Vicente.* “Ato Jurídico”, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- Rodriguez, Américo Plá.* “Princípios de Direito do Trabalho”, Trad. *Wagner Giglio*, São Paulo, LTr, 1996.
- Russomano, Mozart Victor.* “Princípios Gerais de Direito Sindical”, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- Süssekind, Arnaldo. Maranhão, Délio. Vianna, Segadas. Teixeira Filho, João de Lima.* “Instituições de Direito do Trabalho”, 16ª ed., São Paulo, LTr, 1997, vol. I.
- Teixeira Filho, Manoel Antonio.* “Código de Processo Civil — alterações: breves comentários às Leis ns. 10.352 e 10.358/2001”, in Revista LTr 66-03/263-276.